

## EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL ARBITRAJE

Jorge A. ROJAS\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La voz jurisdicción*. III. *Sobre el control de constitucionalidad*. IV. *Conclusiones*.

### I. INTRODUCCIÓN

Es un orgullo haber sido convocados para homenajear al maestro Héctor Fix-Zamudio, a quien Quiroga León lo ha identificado como el “padre del derecho procesal constitucional en Iberoamérica”.

Su egregia figura nos ha motivado a mover de algún modo los cauces tradicionales del control de constitucionalidad que tan finamente nos mostró el maestro Fix-Zamudio a través de su obra, con un análisis del debido proceso legal, pero en un ámbito que no es el tradicional, sino el del arbitraje, cuenca que seguramente forjará innumerables opiniones y fortalecerá de seguro el desarrollo del derecho procesal constitucional tan caro a nuestro homenajeado.

Por eso, esta colaboración tiene por finalidad, no sólo el planteamiento de una cuestión con ribetes novedosos y por cierto conflictivos, en tanto no estemos dispuestos a sacudir las estructuras tradicionales con una mirada distinta, que permita apostar a una mayor seguridad en el ámbito de las transacciones internacionales, propendiendo al respeto a la letra de la constitución.

En la actualidad, en la doctrina moderna ya no existen grandes discrepancias sobre la naturaleza del arbitraje, pudiendo considerarse superada

\* Profesor de Derecho procesal en Argentina.

la otrora divergencia entre los que le asignaban un carácter contractual, por oposición a aquellos que lo consideran jurisdiccional.<sup>1</sup>

Los extremos que polarizan esa especie de debate, no pueden ser tan absolutos y corresponde tener una mirada más objetiva, que no puede pasar por alto el carácter convencional que, en la mayoría de los casos, tiene el sistema arbitral para las partes, sin perjuicio que en algunos supuestos también está impuesto de modo forzoso por la letra de la ley.

Cuando el arbitraje es voluntario, son los propios contratantes quienes deciden sustraerse expresamente a la jurisdicción de los tribunales oficiales del Estado, para sujetar su conflicto a la decisión de “jueces privados”, como vulgarmente se los suele denominar a los árbitros, generando una instancia denominada “jurisdicción arbitral”.

Desde entonces queda conformada una tarea a cargo de un tribunal (sea unipersonal o colegiado), que deberá llevar a cabo un determinado cometido, muy específico por cierto, que no es otro que dirimir el conflicto que las partes sometieron a su decisión, a través de un laudo, por medio del cual, deberán hacer actuar la voluntad de la ley, o en algunos supuestos, morigerando esa voluntad en forma equitativa, lo que no quiere decir que lo hagan contra legem, sino conforme a equidad, o como suele denominárselo también, según su leal saber y entender, o a verdad sabida y buena fe guardada, o con cualquiera de esas fórmulas que en idéntico sentido apuntan a marcar una forma de actuación del tribunal que no lo sujeta exclusivamente a la letra de la ley, sino que le da mayor margen de maniobrabilidad a través de su sana discreción.

Lo cierto es que cuando un tribunal arbitral, más allá de su conformación, y de su forma de actuación, tiene que resolver un conflicto, lo hace por expresa disposición de las partes que contractualmente así lo deciden.

Restringir la mirada únicamente a la faceta convencional de esa relación jurídica que da origen al arbitraje sería como negar la función cumplida por los árbitros, más aún, circunscribir su función a la mera tarea de mandatarios de las partes, sería mucho más grave aún, pues restringiría su libertad de actuación, privándolos de la imparcialidad e independencia que requieren para desempeñar la tarea que se les encomienda.

<sup>1</sup> Desarrolla este aspecto con citas inclusive de la doctrina que estaba a favor y en contra de cada una de esas posturas, Palacio, Lino E., “Arbitraje, control de constitucionalidad y recurso extraordinario”, L. L. 2003-F-1184.

De ahí, entonces, que la mayoría de la doctrina, con disidencias muy respetables, haya concluido que los árbitros cuando son designados para resolver un determinado conflicto, cumplen una función que es eminentemente jurisdiccional, desde luego sin confundirla con la que le cabe a los jueces estatales, que monopolizan la jurisdicción judicial<sup>2</sup> u oficial.

Pero del mismo modo que se corporiza en cabeza de cada uno de los jueces la función jurisdiccional del Estado, como emanación del poder con que los ha instituido el soberano, no es menos cierto, que esa soberanía popular también puede quedar corporizada en cabeza de cada una de las personas que la posee, con la cual de la misma manera que se puede expresar con el ejercicio del derecho al sufragio para darse sus propias autoridades, puede permitir el ejercicio de determinadas potestades de índole privada, que las facultan a sustraerse a la jurisdicción estatal para someter sus eventuales conflictos a la decisión de árbitros privados.

Esta visión del arbitraje permite advertir el origen contractual del instituto, pero la función de carácter jurisdiccional que los árbitros están llamados a cumplir, toda vez que constituye un método que consagró el constituyente o el legislador para propender no sólo al afianzamiento de la justicia, sino además al mantenimiento de la paz social.<sup>3</sup>

Con lo cual, no puede concebirse la naturaleza jurídica de un determinado instituto asimilándolo a figuras conocidas o sistemas tradicionales, o regulaciones preestablecidas, por el solo hecho de resultar familiares, o tradicionales, o aceptadas socialmente, pues como enseñaba Genaro Carrió, la búsqueda afanosa de los juristas por determinar la naturaleza jurí-

<sup>2</sup> Esta denominación por más que parezca tautológica, es la que utiliza Palacio precisamente para distinguir la función pública procesal, que cumple específicamente un órgano del Poder Judicial, de la función jurisdiccional, que no se circunscribe únicamente a aquéllos (Palacio, Lino E., *Derecho procesal civil*, Abeledo-Perrot, 1983, t. I, pp. 321 y ss.).

<sup>3</sup> La diferencia que marco en cuanto a la forma en que se instituye y regula el instituto es de destacar pues en mi país, la República Argentina, la Constitución nacional, consagra en el artículo 14 bis la posibilidad de resolver conflictos —hasta de índole gremial— por vía de arbitraje, con lo cual aún en una rama del derecho privado de neto orden público, como el laboral, por el interés que tiene el Estado en la observancia de la preceptiva legal a aplicar, en resguardo de los derechos del trabajador, el constituyente consagró este sistema de solución de conflictos a nivel constitucional.

dica de tal o cual instituto están irremediabilmente condenadas de antemano al fracaso.<sup>4</sup>

Ello se debe a que las características o particularidades que distinguen a un instituto hacen que sea como es, por un principio lógico de identidad, por lo cual no podría confundirse la voz jurisdicción con la voz arbitraje, y menos aún podría confundirse la tarea del juez con la del árbitro, aunque sí puedan ensamblarse todas ellas para interpretar empírica y dinámicamente una determinada realidad.

Aquí juega un papel importantísimo el lenguaje y su contexto, pues el significado de las palabras está en función del contexto lingüístico en que aparecen y de la situación humana dentro de la que son usadas, y a su vez las figuras jurídicas, no es cierto —recordaba Carrió— que posean purísimos perfiles indeformables.<sup>5</sup>

Es cierto que existen infinidad de similitudes, pero también hay diferencias que resultarán insalvables para una asimilación completa, con lo cual, lo que resultaría más adecuado sería restringir el análisis a la labor desplegada por los árbitros para el desarrollo de su cometido, y comprobar que efectivamente existe una clara asimilación a la tarea jurisdiccional, como una manifestación concreta de ella, aunque en ningún caso pueden provocar una confusión asimilando una función pública como la que desarrolla un juez con una función privada.

Sería sencillo señalar que desde una visión eminentemente organicista, si analizamos el concepto de la voz jurisdicción y lo sostenemos a partir del ejercicio de la soberanía del Estado puntualmente impartiendo justicia, para demostrar la existencia de una manifestación de poder propendiendo al mantenimiento de la paz social.

Sin embargo, se podría ver jaqueada la construcción desde ese punto de vista, cuando, por ejemplo, en la Argentina existe una ley que mantiene la inmunidad de jurisdicción para los Estados extranjeros,<sup>6</sup> o bien cuando se reconoce jurisdicción a partir del tratado suscripto con la Santa Sede,<sup>7</sup> para resolver determinado tipo de conflictos, pues eso importaría un cercenamiento de esa potestad soberana, aun dentro de un determi-

<sup>4</sup> Carrió, Genaro R., *Notas sobre derecho y lenguaje*, Abeledo-Perrot, 1976, p. 75.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 40.

<sup>6</sup> Ley 24.488, aunque con ciertas restricciones, pero en definitiva autolimitando la jurisdicción estatal.

<sup>7</sup> Aprobado por la Ley 17.032.

nado territorio, sin aludir a la llamada por alguna línea de la doctrina como jurisdicción administrativa.

Otro caso similar sería el reconocimiento de órganos supranacionales a los cuales los Estados se someten, sirva por caso citar que la República Argentina, con motivo de la crisis económica que atravesó a partir de 2001 ha aceptado someter sus conflictos con empresas privadas, a los tribunales conocidos bajo la sigla Ciadi, del Banco Mundial.

Lo mismo sucede con la Corte Internacional de La Haya, ante la cual, por ejemplo, Argentina y Uruguay actualmente están tratando de dirimir un conflicto sobre la interpretación del Protocolo del Río de la Plata, con motivo de la instalación de una pastera que se está asentando sobre la margen del Río Uruguay en la República Oriental del Uruguay, la cual, en el 2006, ha dictado una resolución con motivo de una medida cautelar solicitada por la Argentina.

Per se, ni el Tribunal de La Haya ni el Tribunal del Banco Mundial gozan del poder de imperium que puede tener un tribunal de justicia de cualquier país, no sólo por la forma en que éste se pueda manifestar, sino por los mecanismos que se puedan implementar para su utilización a los fines de llevar a cabo sus decisiones.

Lo cierto es que en ningún caso se podría dudar de la función netamente jurisdiccional que cumplen ese tipo de organismos, circunstancias que no sólo darían por tierra con una concepción restringida del vocablo jurisdicción, por circunscribirla a una visión organicista, sino además por la fuerza de la realidad que sería impensado desconocer.

Teniendo en cuenta esos parámetros, sin perjuicio de analizar con mayor detenimiento la voz jurisdicción, el arbitraje representa un sistema de resolución de conflictos, constituido por un proceso que tiene carácter jurisdiccional, no sólo porque se persigue la observancia de aquellas pautas mínimas e indispensables para el desarrollo del *due process of law* —el tradicional debido proceso legal— sino, además, porque el sentido de la voz jurisdicción (del latín *iuris-dictio* o *ius-dicere*), no tiene otro alcance más que decir el derecho, lo que significa, la potestad de hacer actuar la voluntad de la ley para crear la norma individual que pueda resolver un determinado conflicto, que las partes, en ejercicio de su libertad soberana, han decidido a través del principio de la autonomía de la voluntad, someter a la decisión de un tribunal arbitral.

Por lo tanto, con una visión finalista, el arbitraje implica el desarrollo del debido proceso legal a través del cual se obtiene un pronunciamiento

que puede erigirse en cosa juzgada para las partes, ergo su carácter jurisdiccional debe estar representado por estos aspectos centrales.<sup>8</sup>

Teniendo en cuenta la temática abordada, no se puede dejar de señalar, que el arbitraje es esencialmente un proceso de carácter ético, en donde las partes se enfrentan a través de un método dialéctico y adversarial, similar al proceso judicial, que constituye por antonomasia el sistema “oficial” de resolución de conflictos, dejando de lado aquellos otros que resultan alternativos, a través del cual las partes buscan esquivar la rigidez de los procedimientos judiciales, la estructura de procesos anquilosados por el simple devenir de los tiempos, la enormidad de los costos que se generan para los justiciables, y fundamentalmente porque por esa vía apuntan exclusivamente a obtener un pronunciamiento que dirima sus disputas, buscando acatarlo en forma inmediata para evitar el agravamiento de la situación conflictiva que se pudo haber generado.<sup>9</sup>

Es así como el arbitraje es el mecanismo de solución de controversias más utilizado a nivel mundial,<sup>10</sup> a tal punto que la vieja *lex mercatoria* hoy puede considerarse excedida en sus cauces tradicionales, por una

<sup>8</sup> Destaca Palacio, a fin de asimilar la tarea de los árbitros a una función esencialmente jurisdiccional que según el Código Procesal Civil y Comercial de Argentina, ellos poseen atribuciones para decidir toda cuestión entre partes, con excepción de aquellas que no pueden ser objeto de transacción, con lo cual se aprecia ya una identificación entre la tarea de los árbitros y la que cumplen los jueces. Pero, además, agrega, que el laudo arbitral participa de la misma obligatoriedad que caracteriza el acto de autoridad que es la sentencia, por lo cual, concluye que si bien las funciones y figuras de árbitros y jueces no resultan rigurosamente equiparables, los primeros ostentan ciertos atributos que los autorizan a sostener la índole jurisdiccional de las decisiones que emiten (Palacio, Lino E., *op. cit.*, nota 2, p. 330). Agregamos a ello, que prácticamente la doctrina también acepta de modo uniforme la posibilidad de que los árbitros emitan también como actos de autoridad medidas de carácter cautelar, lo que refleja con mayor claridad aun el ejercicio del *iudicium*, más allá que se valgan del auxilio de la jurisdicción, que lo contempla así específicamente el legislador (artículo 753 del Código Procesal Civil y Comercial de la Argentina), para su efectivización (véase Peyrano, Jorge W., “Medidas cautelares en los procesos arbitrales”, *J. A.*, 2004-III-898).

<sup>9</sup> No es el litigio el interés del empresario, sino evitarlo y cuando no sea posible, supearlo del modo que resulte más sencillo, aun frente a la complejidad de los asuntos que se traten, pues ello evita un consumo de tiempos y costos que no siempre son mensurados en su real dimensión.

<sup>10</sup> Calvo Caravaca, Alfonso-Luis y Gándara, Fernández, Luis de la, *El arbitraje comercial internacional*, Madrid, Tecnos, 1989, p. 38; quienes señalan que se trata de un incremento paralelo al incremento experimentado en todo el mundo por las transacciones comerciales entre empresas de distintos países.

nueva rama de conocimiento que excede el derecho nacional, generando una especie de derecho transnacional —no codificado—, sino resultado de practicas comerciales habituales en los tribunales arbitrales.

Aquí en el seno del proceso arbitral juegan otras pautas, se tienen en cuenta los intereses, corporativos o no, de los justiciables, por sobre las formas solemnes que cada vez son menos empleadas a nivel transnacional, por la fluidez que se impone así a los trámites que se deben observar para desarrollar un proceso de esas características. Todo ello con una salvedad fundamental, que siempre debe constituir, un debido proceso, aún por la voluntad concurrente de las partes, o por la letra de la ley, es decir, un proceso que implique la observancia de los principios liminares que conforman aquella garantía que hoy constituye un derecho humano esencial: el derecho a la jurisdicción.

Por eso, no se puede dar la espalda a esa nueva realidad a la que puede no estar plenamente acostumbrado el mundo de los negocios de estas latitudes, pero que resulta común en países del llamado primer mundo, y muchos otros que aún sin serlo se precian de utilizar sistemas como el señalado.

De tal modo, este punto de partida no puede ser soslayado para analizar la posibilidad de ejercer el control de constitucionalidad sobre la preceptiva legal aplicable en la órbita del proceso arbitral, pues partiendo de estas premisas, resulta inocultable que el árbitro al igual que el juez lleva a cabo la operación que Couture llamaba de subsunción jurídica.

En consecuencia, si las partes así lo solicitan, pues también tienen la posibilidad de sujetar su controversia a un determinado ordenamiento legal, puedan petitionar al tribunal arbitral que se expida sobre la eventual inconstitucionalidad de un determinado precepto legal. Para ello, conviene analizar el concepto de la voz jurisdicción, lo que llevará a la caracterización del debido proceso legal y los sistemas de control de constitucionalidad, para concluir finalmente sobre la posibilidad de su ejercicio aun en el ámbito del juicio arbitral de amigables compondores.

## II. LA VOZ JURISDICCIÓN

Para no caer en un lugar común señalando la multivocidad del término jurisdicción, aspecto que por su contundencia eximiría de cualquier comentario, es importante registrar la afectación de factores especialmente extraprocesales para delimitar la voz jurisdicción.

Esa incidencia de factores exógenos al proceso propiamente dicho se vinculan a aspectos históricos, políticos, culturales, sociales, económicos y otros que vinculan generalmente esa voz con el ejercicio del poder.

Conviene recordar —siguiendo a Scialoja—<sup>11</sup> que en el derecho público romano, entre las facultades del magistrado se distinguían tres diversas potestades: el *imperium*, la *iurisdictio* y, en un terreno común a ambos, el *imperium mixtum*.

La primera de esas potestades era la que delegaba el pueblo en el magistrado, que le daba el derecho a la *coertio* (poder de coerción) de la que estaba investido y el *ius gladii* que se refería al ámbito penal, pero que iba más lejos que eso, pues comprendía la facultad de utilizar la fuerza pública para ejecutar la voluntad del magistrado en el cumplimiento del propio oficio; se diferenciaba de la *iurisdictio*, que se refería precisamente a la definición de las controversias jurídicas.

El *imperium mixtum* comprendía ciertas facultades determinadas, que tenían algo de la jurisdicción en cuanto eran atribuciones conexas con la administración de justicia, aunque en realidad el poder que con ellas desplegaba el magistrado era un poder de *imperium*.

En general, coincide la doctrina en sus investigaciones históricas que el ejercicio de la *iurisdictio* se hacía con la tría verba, es decir, con la fórmula que encontramos en los clásicos: *do, dico, addico*, que significaban doy, digo, adjudico. Esto es, doy juez, digo, porque decía el derecho, puntal en el que se apoya la función netamente jurisdiccional, y adjudico según el derecho que se hubiera reconocido.

La jurisdicción debía emplear estas tres palabras solemnes, y la rigidez de los procedimientos, que se desarrollaban ante el magistrado primero y ante el juez después, dan cuenta del rigorismo imperante en el naciente mundo jurídico.

Sin embargo, si bien esas dos etapas conocidas como *in iure*, pues se realizaba ante el magistrado, e *in iudicium* (o *apud iudicem*), pues es la que se llevaba a cabo ante el juez, se desarrollaban con una intervención directa del magistrado, quien previamente le daba un juez (*iudex*) a las partes que era quien conocía de la etapa *in iudicio* y emitía la sentencia, ese nombramiento se lo interpretaba como una verdadera participación del pueblo en las causas civiles.

<sup>11</sup> Scialoja, Vittorio, *Procedimiento civil romano*, Ejea, 1954, p. 105.

Si bien el *iudex* es un simple particular que decide sobre la causa, teniendo en cuenta el tema tratado, no corresponde confundirlo con el *arbiter*, que no es el árbitro que interviene como consecuencia de un compromiso o una cláusula compromisoria, sino que su función es similar a la del juez, como particular llamado a decidir en la causa, lo que cambia es la amplitud de facultades que se le brindaba a uno y otro, pues mientras el *iudicium* es estricto y riguroso, el *arbitrium* es moderado y suave, pues el conocimiento del *arbiter* es más libre, conoce con mayor espontaneidad y también con mayor amplitud dicta su sentencia.<sup>12</sup>

Otra diferencia a destacar es que mientras el juez no puede ser más que unipersonal, los árbitros pueden ser varios.

En estos aspectos que históricamente hoy cobran sobrada relevancia radican dos aspectos fundamentales del poder de decisión que importa la jurisdicción, y, a su vez, de la distinción que cabe hacer con relación al *imperium* como otro atributo que demuestra una clara manifestación del poder del magistrado.

En la actualidad, no pueden confundirse las funciones que desarrolla el Estado a través de cada uno de los poderes que lo integran: el administrador, el legislativo y el judicial, aunque es conveniente señalar que cada uno de ellos no tiene una atribución sobre una cuota parte del poder del Estado, sino que, por el contrario, el poder es uno solo y depende exclusivamente del soberano.

Lo que es dable distinguir para concebir a cada uno de ellos, son las funciones que hacen a su esencia, por lo cual ya desde sus orígenes, como se ha señalado, aparecen superpuestas las funciones de administración y jurisdicción.

Es cierto que así fue durante mucho tiempo y también es cierto que con el advenimiento del Estado moderno se delimitaron y precisaron con claridad cada una de las funciones que correspondían a esos diversos departamentos de gobierno, pues el Estado es uno y por lo tanto, es quien monopoliza el poder.

De tal modo, la multiplicidad de formas en que se utilizó la voz jurisdicción, mezclándola, por ejemplo, con el concepto competencia, o delimitando un ámbito territorial, o inclusive un ámbito de funciones políticas ha hecho que se superpongan conceptos que deben ser separados

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 119, destacaba Scialoja, con cita de Cicerón, que la diferencia entre uno y otro es de poderes, no de calidades personales.

inexorablemente, para distinguir así las tareas que a cada uno de esos estamentos corresponde ejercer, más allá que en la práctica cotidiana, cada uno de ellos intervenga en funciones o tareas que resultan de la incumbencia de otro, circunstancia que no obsta a la determinación de la tarea que esencialmente resulta atribuible a cada uno de ellos.

Así, mientras el legislativo es el encargado de hacer la ley, el ejecutivo o administrador, es el encargado de hacerla cumplir, aplicándola concretamente; mientras que el jurisdiccional es el encargado de hacer actuar la voluntad de la ley para aplicarla al caso concreto, resolviendo un conflicto.

Por lo tanto, cuando se suele conceptualizar a la jurisdicción como un poder del Estado, o bien como un poder-deber del Estado, ningún tipo de objeción se puede hacer sobre el particular, precisamente porque la concepción de los países recipients del derecho continental, por oposición a otros sistemas, conciben al Estado como el centro de las atribuciones para la administración de justicia, e indefectiblemente siendo así la concepción tradicional ninguna duda cabe que la jurisdicción es una sola y que depende del Estado su funcionamiento, no pudiendo perderse de vista, que al igual que en la antigüedad se está haciendo reposar en cabeza del juez ese *imperium mixtum* del que hablaban los romanos, es decir, superponiéndose el *imperium* con el *iudicium*, potestades claramente diferenciables en la antigüedad como atributos del poder del magistrado.

Siendo así, es inevitable cuestionar si esa forma de concebir la jurisdicción resulta apropiada en tiempos actuales, para ver si es correcto mantener una concepción que tiene sus orígenes en el derecho público romano.

La realidad indica una situación totalmente diversa, que no tiene que ver sólo con el advenimiento del llamado Estado moderno y el sistema constitucional que se observó para su conformación, sino además con el propio funcionamiento de las instituciones dentro de un mismo país.

Esto lo ha llevado a reconocer a Taruffo, con una denominación muy apropiada, la existencia de un “multiculturalismo procesal”, subrayando la existencia de culturas diferentes en el interior de unos mismos contextos sociales, políticos y también jurídicos, fenómeno éste que concierne a cualquier cultura.<sup>13</sup>

De tal forma distingue diversos niveles en los cuales puede ser analizado este que llama “multiculturalismo procesal”.

<sup>13</sup> Taruffo, Michele, *Sobre las fronteras*, Temis, 2006, p. 5.

En el primero de ellos distingue una diferencia general entre sistemas, en donde encuentra la vieja y tradicional distinción —ya superada a su criterio— entre *common law* y *civil law*, destacando especialmente en esta última concepción, al Estado como centro de la administración de justicia.

Un segundo nivel intermedio incluye los sistemas procesales correspondientes a ordenamientos nacionales, compuestos a veces por “parientes” diversos, empeñados, muchas veces, en desarrollar sus diferencias más que sus analogías.

Finalmente, un tercer nivel, más bajo, pero no menos importante, individualizado en el interior de cada uno de los ordenamientos procesales nacionales, lo que significa que un ordenamiento nacional puede estar internamente dividido en algunos o en muchos subordenamientos procesales, o en diversos mecanismos de administración de justicia.

Es evidente que cada una de esas normativas procesales está influenciada en un determinado tiempo, por una serie de factores, no sólo históricos, sino también sociológicos, económicos o de otra índole, que propenden por ejemplo, a proteger al más débil en una relación de trabajo, o tutelar el medio ambiente, o a los consumidores, por caso.

Por eso, señala Taruffo, que lo que ha cambiado en la cultura jurídica en los últimos dos o tres decenios son los paradigmas, parafraseando a Khun, empleados para interpretar situaciones jurídicas, brindando como ejemplo de ello los códigos, otrora casi intocables, para advertir que frente a ellos aparece una legislación que los hace entrar en crisis, pues no eran tan omnicomprendivos como se creía, apareciendo por ende leyes incompletas, variables a veces incoherentes.<sup>14</sup>

Es evidente que todo esto muestra a carta cabal la influencia de este nuevo orden que se ha dado en denominar “globalización”, al cual el concepto jurisdicción no puede resultar ajeno.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 16. En la misma línea reconoce Lorenzetti, actual presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina, que las controversias interempresariales se resuelven cada vez más mediante soluciones alternativas, como el arbitraje, por los contratos en la mayoría de los casos son inmunizados, o las garantías a primera demanda o autoliquidables. Es decir, que frente a los paradigmas tradicionales aparecen éstos que el autor denomina microsistemas, que no pueden ser obviados por constituir una constante cada vez más notoria de nuestra realidad que da cuenta del resquebrajamiento de la concepción del Estado del modo tradicional (Lorenzetti, Ricardo L., *Teoría de la decisión judicial*, Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 37).

El propio Estado es el que con clara conciencia de su actuación cede frente a ciertos casos puntuales lo que en otra época podía considerarse como un poder que consistía en un claro ejercicio de su soberanía, como era la jurisdicción, y, por ejemplo, participa en la creación de organismos supranacionales, reconoce en ellos inclusive la potestad de juzgarlo, o bien exonera de su poder soberano a otros estados reconociendo inmunidad para su sometimiento a proceso, con algunas limitaciones, o, por ejemplo, siguiendo la doctrina americana, reconoce “jurisdicción primaria” en algunos entes reguladores de actividades esenciales del Estado.

Entonces aparece con toda claridad la relatividad del concepto jurisdicción, como una manifestación que importa una facultad de decisión que ya no queda siempre en manos exclusivas del Estado.

El reconocimiento de estos cambios que Morello dio en llamar copernicanos, hizo que se preguntara el maestro platense frente al notorio avance de las ciencias, si lo procesal acompaña esa seguidilla de pesos y contrapesos del contexto. Lo que se respondió en forma negativa, pues no siempre y menos con la aceleración con que se disparan las adecuaciones de fondo se logran esos cambios.

A ello agrega que debe apuntarse que tampoco el proceso es un laboratorio de certeza sin que pueda silenciarse una gran tendencia vocacional de los abogados para demorar, y resistir así la modernidad de reformas y conquistas que sacudirían sus hábitos, rutina y destrezas conocidas, con las cuales les va bien (aunque no a la gente), por lo que se pregunta para qué cambiar.

Señala Morello, a modo de ejemplo, que en Brasil existen más de treinta y ocho tipo de recursos, los cuales son utilizados indiscriminadamente porque nadie confía en nadie, por ende siempre se recurre.<sup>15</sup>

La descripción de este panorama se repite en general en todos los países, por eso, recordando al profesor de la Universidad de Bologna, doctor Federico Carpi, en el XX Congreso Nacional de Derecho Procesal, llevado a cabo en la Provincia de Neuquén, República Argentina, sostenía éste que “no debe existir ningún país en el mundo donde no se lamente la crisis de la justicia”.

Entre los diversos factores que recordaba aquél, destacaba el aumento de la litigiosidad, la falta de organización de las oficinas judiciales, la in-

<sup>15</sup> Morello, Augusto M., *Tendencias dominantes en la litigación civil*, Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 17.

completa utilización de las nuevas técnicas, por ejemplo, en materia informática, o la insuficiente formación de jueces y abogados.

Lo cierto es que este panorama ha hecho crecer al lado del desgastante fluir del devenir judicial, nuevos métodos alternativos de resolución de conflictos, entre los cuales sobresale el arbitraje, como uno de los más utilizados a nivel mundial.

Taruffo se cuestiona las diversas direcciones que se deben observar para realizar un análisis y las reflexiones que podrían ser útiles para afrontar este tipo de crisis, y una de ellas apunta precisamente a una necesaria redefinición sistemática de los instrumentos de tutela jurisdiccional, entre las cuales concibe al arbitraje, debiendo determinarse —sostiene— cuando sea irrenunciable el recurso a la justicia del Estado y cuando en cambio sea razonable dar espacio a formas alternativas, para recurrir a una “justicia privada”.<sup>16</sup>

Como puede advertirse, en estos casos se vincula la jurisdicción a la necesidad de hacer justicia evitando el dispendio de tiempo y esfuerzo que tradicionalmente provoca el Estado con el elefantiásico movimiento de su aparato burocrático.

Pero también es dable observar que la voz jurisdicción en modo alguno puede verse afectada, pues se la vincula concretamente a una función, ergo, si la mirada de este escenario se restringe exclusivamente a la función que le cabe al Estado desde un punto de vista político tradicional, quizá puede no advertirse la existencia de nuevos paradigmas que existen en la sociedad, que han crecido al amparo de esta ineficiencia estatal, y que promueven no sólo la llamada justicia privada, sino fundamentalmente el mantenimiento de la paz social, como principio liminar del Estado de derecho, sólo que lo hacen a través de mecanismos que emulan al proceso judicial, aunque no puedan asimilarse completamente a aquél.

Sería hoy una puerilidad sostener que la labor que cumple un árbitro no es una labor de carácter jurisdiccional porque el cargo de funcionario público que ostenta el juez, y el procedimiento que se logró para su nombramiento y puesta en funciones es totalmente diverso al que se observa para la designación de un tribunal arbitral.

No sólo porque es cierto, sino porque ello no hace a la esencia de la labor que cumplen ambos. Tampoco puede tomarse como determinante

<sup>16</sup> Taruffo, Michele, *op. cit.*, nota 13, p. 55.

el uso del *imperium* como potestad de la que están investidos los jueces a diferencia de los árbitros.

Claro que es cierto. Es correcto que los árbitros carecen de *imperium*, pero no es menos cierto que el *imperium* no es la nota tipificante de la jurisdicción, pues tanto *imperium* tiene el poder administrador cuando lleva a cabo sus propias decisiones, aun con el uso de la fuerza pública, como el *imperium* que tiene el legislativo, en ese mismo sentido.

La nota tipificante de la función jurisdiccional es precisamente la de dirimir un conflicto, haciendo actuar la voluntad de la ley sustancial, propendiendo así al mantenimiento de la paz social, pues si quien resulta vencido acata la decisión jurisdiccional ningún tipo de *imperium* es necesario para resolver definitivamente el conflicto.

Esto lleva a retrotraernos en la tarea iniciada, pues se ha visto anteriormente, cómo en sus orígenes también aparecía entremezclada la función administrativa con la jurisdiccional, y cómo los orígenes del derecho público romano pueden ser emparentados con el desarrollo del propio arbitraje, que si bien tiene una marcada preponderancia a partir de la Edad Media con el desarrollo de la *lex mercatoria*, no es menos cierto que el juez era un elegido del pueblo, y a su vez conforme la tarea que desarrollaba, era la denominación que se le daba, pues cuando actuaba discrecionalmente, como *arbiter*, acerca la figura a la del árbitro amigable componedor.

Lo cierto es que por la vía que se pretenda analizarlo, con un exacerbado rigorismo histórico, o bien frente al diseño de esta nueva realidad que resulta incontrastable, sobre todo en países del llamado primer mundo, aparece al lado del proceso judicial, una alternativa, que sería aquel mismo proceso, pero esta vez en manos privadas, lo que no implica la privatización de la justicia, sino por el contrario, la sustracción de los particulares a la decisión de los jueces del Estado, para someterse a “jueces privados”, cuando la materia a decidir resulta disponible para ellos.

Conceptos otrora inexpugnables, como el de soberanía, hoy pueden zozobrar sin mayores esfuerzos interpretativos, renunciando a viejas concepciones ideológicas, para someterlas a una opción de mercado, lo que le ha llevado a sostener a Galgano, que hoy la independencia que se reivindica está en función de una nueva dependencia económica sólo que es electiva.<sup>17</sup>

<sup>17</sup> Galgano, Francesco, *La globalización en el espejo del derecho*, Rubinzal-Culzoni, 2005, p. 37.

Se trata así de una realidad multiforme, en la cual más allá de los límites de los Estados, está en curso la formación de un derecho uniforme espontáneo, administrado por tribunales arbitrales internacionales, que se dio en llamar nueva *lex mercatoria*, destinada a regular las relaciones contractuales dentro del mercado global.<sup>18</sup>

Mirar hacia atrás recordando el concepto absolutista de soberanía y por ende de jurisdicción, frente a la realidad que se impone no puede sustraer al operador jurídico de la contemplación de fenómenos tan particulares como los mencionados, manteniendo una confusión aún inexplicable entre *imperium e iudicium*.

Precisamente se sostiene que el arbitraje es jurisdiccional por la función que cumplen los árbitros, para los que no importa la forma en que son designados, pues no se desconoce el origen convencional del sistema, ya que mirándolo de otra forma se podría concluir en el absurdo de que dos partes enfrentadas por el cumplimiento de un contrato también estarían vinculadas contractualmente cuando interviene un juez, por el origen del vínculo.

El absurdo de un razonamiento de esa índole relevaría cualquier otro tipo de comentarios, por lo cual, también cuando se someten las partes a árbitros, al margen del cariz de su actuación, también están generando una nueva relación jurídica, esta vez procesal, porque se desarrolla un proceso que son las propias partes quienes lo estructuran sometiéndose a sus propias pautas, o bien sometiéndose a las fijadas por un tribunal de carácter institucional, que cuenta con un reglamento propio para el desarrollo de sus tareas.

Por esa razón, no puede más que concluirse que jurisdicción debe ser interpretada como decisión, pues importa una función que consiste en dirimir una controversia haciendo actuar la voluntad de la ley del ordenamiento legal que las propias partes han estimado correspondiente observar, y esa decisión a su vez revestirá el carácter de cosa juzgada, pues todos los ordenamientos procesales en general asimilan el laudo arbitral a la misma envergadura que tiene una sentencia, aspecto que despejaría cualquier tipo de dudas sobre el particular, quedando a resguardo el debido proceso legal para la obtención de ese laudo.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 41.

### III. SOBRE EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

En países como Argentina, México o los Estados Unidos el sistema de control de constitucionalidad, inaugurado por este último a partir del *leading case* *Marbury vs. Madison* es difuso, por lo tanto, básicamente reposa en cabeza de cada uno de los jueces que ejercen jurisdicción.

La pregunta que motiva esta tarea consiste en determinar si es posible que quienes no tienen el cargo público de jueces del Estado, aun siendo “jueces privados” designados por las partes, puedan expedirse sobre la posible constitucionalidad o no de una norma, en un caso concreto.

El control de constitucionalidad conforma un aspecto esencial que hace al debido proceso legal, cuyas dos vertientes permiten divisar una línea adjetiva, en cuanto a la observancia de los principios liminares en el desarrollo del proceso y, otra sustancial, que hace precisamente a la aplicación de la ley al caso concreto.

Esta puesta en correspondencia entre las circunstancias fácticas, que se tengan por fijadas para la causa, y la normativa sustancial que resulte aplicable, conforman lo que Couture denominaba operación de subsunción jurídica.<sup>19</sup>

Claro que no existe ningún tipo de dudas cuando la tarea es cumplida por un juez, como funcionario estatal, la duda que se genera es si un árbitro puede cumplir con esa tarea, pues aparece en escena la restricción de su actuación, que tiene un carácter especial, pues se limita a una materia que siempre debe resultar disponible para las partes, siendo la tarea que aquí se desarrolla de neto orden público por el compromiso que en apariencia importa por revestir un acto de suma gravedad institucional, como se ha conceptualizado, a la declaración de inconstitucionalidad de una norma de alcance general.

Sin embargo, existen dos planos claramente diferenciables que no conviene perder de vista. Uno de ellos está representado por el conflicto sustancial que vincula a las partes, y el otro por la decisión que se debe adoptar a su respecto.

En el plano sustancial es donde se ubica la materia disponible para las partes, allí es donde existe el conflicto a resolver; el otro plano, es el que corresponde a la nueva relación, esta vez netamente procesal, que se da

<sup>19</sup> Couture, Eduardo J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3a. ed., Depalma, 1990, p. 285.

entre las partes y el o los árbitros que intervienen para resolver el diferendo, circunstancia que requiere precisar su actuación.

Ello en razón que los árbitros se pueden comportar como árbitros *iuris*, o de derecho, que actúan igual que un juez, aplicando la letra de la ley al caso concreto. Mientras que la otra forma en que pueden actuar es como amigables componedores, esto es, resolviendo el conflicto, conforme a equidad, o según su leal saber y entender, o con fórmulas de similar envergadura que apuntan a evitar la aplicación rigurosa de la letra de la ley, pretendiendo que la sana discreción, como lo hacía el arbiter en el viejo derecho romano, permita suavizar su aplicación.

Como señala Barrios de Angelis, la amigable composición no significa resolver de espaldas al derecho, ni menos aún en contra de la ley, sino que significa “dulcificar” su aplicación.<sup>20</sup>

Por lo tanto, si se tratara de un arbitraje doméstico, en donde tanto las partes como los árbitros, como la situación conflictiva se dan dentro de un mismo país en el cual el sistema de control de constitucionalidad es difuso, parece una contradicción pretender que se desarrolle un debido proceso legal, omitiendo que el árbitro aplique la primera y fundamental ley del país que es su propia Constitución, circunstancia que exime cualquier otro comentario, dado que el control de constitucionalidad implica la observancia del principio de razonabilidad de la ley en el caso concreto. Esto es, como enseñaba Linares, contrastar la letra de la norma en juego, con el principio constitucional que aparezca en pugna, de modo de propender a su compatibilización y cuando ello no fuera posible entonces sí refutarla inconstitucional, por lo menos para ese caso, característica ésta que distingue al control difuso de constitucionalidad.

En general, cuando se utiliza un determinado ordenamiento —por elección de las partes—, pues se trata de un arbitraje internacional, también a ellas le incumbirá la carga de la observancia de la primera y fundamental de las leyes de ese ordenamiento, para contrastar la ley aplicable y así efectuar el consabido control de constitucionalidad.

Las dudas se pueden generar cuando la conflictiva planteada a los árbitros requiere su intervención como amigables componedores, supuesto en el cual el control de constitucionalidad se podrá hacer en forma omisi-

<sup>20</sup> Barrios de Angelis, Dante, *El juicio arbitral*, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo, R. O. U., 1956, p. 45.

va, ya que la positividad que requiere el arbitraje de derecho aquí queda omitida por la discrecionalidad con la que cuentan los árbitros para pronunciarse.

Conviene despejar las infundadas dudas que presenta la actuación de los árbitros como jueces de equidad, o amigables componedores, pues se los imagina “sentados en el trono del rey Salomón, creyendo que el juicio de equidad es el juicio salomónico, sin advertir que aquél era un rey absoluto que tenía a su disposición los derechos de sus súbditos, olvidando que esa disponibilidad resulta ajena a los árbitros, y que siempre queda en manos de los propios interesados para comprometerla del mejor modo que estimen corresponder”.<sup>21</sup>

En general, el juicio de valor que hacen los árbitros cuando actúan como amigables componedores es similar en la estructura de su razonamiento al que hacen los árbitros *iuris*, precisamente porque su decisión debe estar debidamente motivada, con fundamentos suficientes que le den respaldo, pues no debe perderse de vista que el juicio, según “su leal saber y entender”, no es más que el juicio generalmente de hombres formados en derecho, cuyo leal saber y entender tendrá seguramente un respaldo legal adecuado, y no únicamente su discreción o su voluntad.

En ese caso, se puede considerar por los árbitros que una norma determinada resulta inaplicable, lo que no es más que un eufemismo que intenta traslucir su inconstitucionalidad para el caso.<sup>22</sup>

De ahí que haya sostenido Bidart Campos que la jurisdicción de equidad puede prescindir de esa positividad —que añadimos, es necesaria observar en el arbitraje de derecho— para emigrar así a la equidad, de donde la inaplicación por inconstitucionalidad subsume el control en la positividad porque, dentro y no fuera de ésta, el valor justicia que ella aloja ordena que, para su realización concreta se deje de lado toda norma que en las circunstancias de un caso proporciona resultados injustos.<sup>23</sup>

<sup>21</sup> El entrecomillado indica una cita textual de Anaya, Jaime L., *Equidad y amigable composición*, E. D. 181-552.

<sup>22</sup> Así se expide Bianchi, quien sostiene: “se diga que una norma es inaplicable o se la declare inconstitucional, es en última instancia lo mismo. Si una norma está vigente, la única razón que puede impedir su aplicación es que sea contraria a la Constitución. La palabra inaplicable, o sus equivalentes, funcionan aquí como un eufemismo...” (Bianchi, Alberto B., *Control de constitucionalidad*, Buenos Aires, Ábaco, 2002, t. I, p. 295).

<sup>23</sup> Bidart Campos, Germán J., “Oscilaciones y deficiencias en el recurso extraordinario: una visión crítica pero optimista”, *J. A.*, 2003-I-1292.

#### IV. CONCLUSIONES

Es cierto que este terreno resulta difícil de transitar, pero no es menos cierto que el derecho debe ir a la zaga de la realidad, tratando de normarla para encauzarla.

Por lo tanto, no puede negarse el acceso a la jurisdicción arbitral ni menos aún la trascendencia que ha cobrado a nivel mundial, por lo tanto, resultaría más conveniente que su desaliento, transitar senderos que doten al sistema de seguridades básicas de modo de propender al desarrollo del debido proceso legal.

Con lo cual es importante tener en cuenta ciertos aspectos que hacen por un lado al control de constitucionalidad, mientras que por otro lado también inciden en las particularidades que distinguen a un proceso arbitral.

El control de constitucionalidad difuso tiene como carácter distintivo que la sentencia que se dicte produce efectos únicamente entre las partes, con lo cual el alcance de la cosa juzgada, tanto desde el punto de vista objetivo como subjetivo, no tendrá ningún tipo de incidencia a nivel social, quedando la presunta gravedad institucional restringida a un ámbito que no es precisamente aquel que se circunscribe a derechos disponibles para las partes, pues lisa y llanamente no existe la trascendencia que se presume en una controversia sobre derechos disponibles para las partes.

Resultaría impensado no permitir que en un proceso arbitral, se deje de lado una labor primordial que hace al debido proceso legal, como es el control de constitucionalidad que corresponde ejercer sobre la normativa aplicable al caso.

Tampoco se pueden pasar por alto los dos niveles en los que se desarrolla la tarea jurisdiccional, uno el sustancial que vincula a las partes con el negocio que eventualmente ha dado origen a las divergencias que concluyen en un proceso arbitral; otro procesal que se vincula a la labor netamente jurisdiccional que ejercen los árbitros, toda vez que si se coincide con la tarea que aquellos realizan, no podría menoscabársela limitándola a una mera apariencia, pues si hay jurisdicción debe haber control constitucional. Lo contrario implicaría exponer a los árbitros a aplicar —aun contra su voluntad— una norma de rango inferior por sobre un precepto constitucional, lo que resultaría inadmisibles.

Finalmente, aparece una vez más en escena el rol que cabe asignarle a las partes, toda vez que son ellas quienes deciden comprometer en árbitros su caso, según los ordenamientos procesales que decidan observar, las que eventualmente pueden requerir de aquellos que se pronuncien sobre la eventual validez o invalidez constitucional de un determinado precepto, pues no es esa una atribución que posean los árbitros per se, sino que actúan conforme las pretensiones esgrimidas por las partes en el proceso.

Lo contrario importaría una desvirtuación del principio de congruencia, ya que si se restringe esta facultad a los árbitros, cuando las partes así expresamente lo hubieran requerido, se los conminaría a dictar un laudo viciado de nulidad, por resultar *citra petita*, es decir, violentando el principio de congruencia, al omitir pronunciarse sobre cuestiones debidamente articuladas por las partes interesadas.

Desde luego que la facultad que les asistiría a los árbitros debe ser ejercida con la misma mesura y compromiso con que la ejercen los jueces, en el sentido de interpretar las normas que estén en juego tratando de armonizarlas con el principio constitucional que esté en juego, reputándosela como inconstitucional únicamente en el caso que no pueda sortear este test de constitucionalidad, como una facultad restringida y de carácter excepcional, sin la cual no podría ser útil el dictado de laudo.

Dentro de la visión globalizadora que existe en la actualidad en el mundo de los negocios y, el desarrollo que han tenido sistemas como el arbitraje, al amparo de los inconvenientes que genera el propio Estado por su ineficiencia, sus omisiones, su ineptitud, o las razones que se quieran encontrar, es evidente que nada de ello puede menoscabar el derecho a la jurisdicción de cualquier justiciable, porque éste se ha convertido también en un derecho humano esencial.

Por lo menos así lo ha concebido el bloque de constitucionalidad que ha adoptado la República Argentina a partir de su reforma constitucional de 1994, y lo había consagrado también su más alto tribunal, el cual sentó como doctrina que:

El derecho a la jurisdicción, que integra el de defensa en juicio, consiste en la posibilidad efectiva de ocurrir ante un órgano competente —judicial, administrativo o arbitral— que permita ejercer actos razonablemente encaminados a una cabal defensa de la persona y sus derechos, sin que pueda hablarse de derecho de defensa, ni de debido proceso, sin la pre-

sencia de un tribunal que de conformidad con un procedimiento legal, dé cauce a las acciones enderezadas a hacer valer eficazmente los derechos individuales.<sup>24</sup>

Desde esta perspectiva globalista, asociada a la ya recordada crisis del Estado moderno, se refuerza la idea originaria que describe los derechos fundamentales como “humanos”, línea en la que sostiene Ferrari, siguiendo a Ferrajoli, que pierde consistencia su radicación cívica y política, que no puede estar asociada con aquél (con el Estado), pues la organización internacional basada en las relaciones entre Estados, no dispone aún de los instrumentos necesarios, en especial en material jurisdiccional, no sólo para equilibrar los derechos contrapuestos, sino, sobre todo, para vencer las resistencias que siempre se interponen en el camino de su reconocimiento y disfrute, para lo cual agrega, que no debe olvidarse en efecto que los derechos fundamentales siempre han sido conquistados contra alguien que tenía el poder, de hecho o de derecho, de negarlos, y por ello también de suprimirlos.<sup>25</sup>

Para el caso, que no seamos una valla, desde la doctrina o la jurisprudencia, que con una concepción —por cierto antigua— cercenemos el desarrollo y la protección de esos derechos fundamentales, puntualmente en este caso, a la jurisdicción, pues vale más su protección a través de mecanismos de resguardo, como los que existen en todos los países e inclusive en organismos transnacionales, como, por ejemplo, la Ley Uniforme de Naciones Unidas sobre arbitraje (Uncitral), que dejan a cuidado el derecho de defensa en juicio de cualquiera que haya visto violentado el debido proceso legal, a través de mecanismos nulificatorios que resultan irrenunciables.

Por eso, es de destacar que se ha producido un fuerte resquebrajamiento del concepto tradicional de soberanía, pues sirva como ejemplo, que en la actualidad, las tecnologías informáticas anularon las dimensiones espacio-temporales de otras épocas, revolucionando las comunicaciones y provocando un notorio acortamiento en las distancias, lo cual sumado a las actividades desarrolladas por organismos internacionales de derechos humanos, como asimismo las convenciones celebradas por la mayoría de los países miembros de las Naciones Unidas, le han brindado

<sup>24</sup> CSJN, fallos 323:2418.

<sup>25</sup> Ferrari, Vincenzo, *Derecho y sociedad*, Universidad del Externado de Colombia, 2006, p. 152.

un matiz diverso al otrora concepto tradicional de soberanía y por ende a la voz jurisdicción, pues un país ya no se limita únicamente a los pronunciamientos de sus propios tribunales, sino que con algunas modalidades, admiten su sometimiento a otras normas, dando origen a lo que se conoce como proceso transnacional. Sería una enormidad negar esta misma circunstancia cuando esa tarea atañe a los particulares, pues con una visión esencialmente dinámica y empírica resultaría un absurdo tal como querer tapar el sol con las manos.